

Noot inzake Van Vondel (EHRM 25 oktober 2007, appl. 38258/03).

1. Da nasleep van de parlementaire enquête naar de opsporingsmethoden (de Commissie Van Traa) is lang. Een van de burgerinfiltranten Van Vondel (de ‘sapman’), die door deze Commissie was gehoord, werd later van mijneed tegenover de Commissie verdacht, en uiteindelijk daarvoor veroordeeld (HR 8 juli 2003 *NJ* 2003, 711, m.nt. Kn). In dit arrest uit 2003 is allerlei wetenswaardigs te vinden over de toepassing van artikel 6 EVRM op parlementaire enquêtes, maar niets over de aangevoerde klacht dat een deel van het bewijs tegen Van Vondel was vergaard met gebruikmaking van onrechtmatige opsporingsmethoden (clandestiene opnamen van gesprekken door een privé infiltrant) in strijd met artikel 8 EVRM. Hoe die klacht in cassatie er uitzag en wat de Advocaat Generaal Machielse en de HR er van vonden is nergens meer in de *NJ* terug te vinden. Dat de klacht was aangevoerd, moeten we afleiden uit de huidige beslissing van het EHRM en de ontboezemingen van de cassatieadvocaat van destijds, Mr G. Spong in *Strafblad* 2007, p. 506, ik citeer: ‘De arrogantie van het rechterlijk oordeel ofwel de hoogmoed van de Nederlandse rechter steeg ten top, toen de Hoge Raad in zijn arrest de rechtsklacht dat hier sprake was van een schending van artikel 8 EVRM hooghartig afdeed met een artikel 81 RO overweging’.
2. Artikel 81 RO wordt door de HR ingezet als de rechtsontwikkeling niet bij overwegingen van de HR is gebaat. Die rechtsontwikkeling moest daarom in dit geval uit Straatsburg komen. Kort gezegd houdt die rechtsontwikkeling in dat een burgerinfiltrant die afluistert ‘onder regie’ van de overheid, aan de overheid wordt toegerekend, zodat de opsporingsmethoden moeten voldoen aan dezelfde wettelijke eisen die gelden voor overheidsambtenaren. Voor een verdere analyse van deze problematiek verwijs ik naar de noot van Schalken bij HR 9 november 1999, *NJ* 2002, 422.
3. Het gaat om de mate van actieve betrokkenheid van de overheid bij de verrichtingen van de infiltrant. Om het verschil tussen ‘actief’ en ‘passief’ duidelijk te maken, schreef de Nederlandse rechter Meyer een concurring opinion in deze zaak. Hij legt daarin uit, waarom hij destijds kritiek had op het MM arrest van het EHRM, maar het nu eens is met de meerderheid (EHRM 8 april 2003 *NJCM-Bulletin*, jrg. 28 (2003), nr. 5 p. 653, m. nt. E. Meyer). In de M.M. zaak (ook tegen Nederland) had de privé afluisteraar (Mrs. S.) zelf het initiatief genomen om een verdachte af te luisteren, maar had de politie de afluisterapparatuur geïnstalleerd. Het Hof was ‘not persuaded by the Government’s that it was ultimately Mrs S. who was in control of the events. To accept such an argument would be tantamount to allowing investigating authorities to evade their responsibilities under the Convention to the use of private agents.’ Het Hof zou, volgens Meyer in zijn commentaar op dit arrest, een verkeerd beeld van de feiten hebben gehad. In de zaak Van Vondel, kon er volgens Meyer echter geen twijfel over zijn dat het om een door de overheid ‘gerunde’ infiltrant ging, wiens gedragingen aan de overheid moeten worden toegerekend.
4. Tegen deze achtergrond moeten we de overweging 49 begrijpen waarin het Hof stelt: ‘The Court would note that the recording of private (telephone) recordings does not *per se* offend against Article 8 if this is done with private means, but that by its very nature this is to be distinguished from covert monitoring and recording of communications by a private person in the context of and for the benefit of an official inquiry – criminal or otherwise – and with the connivance and technical assistance of public investigation authorities.’
5. Het Hof gaat in deze overweging wel heel gemakkelijk heen langs de problematiek van het afluisteren in de zakelijke of privésfeer. Artikel 8 EVRM heeft immers, ook in de opvattingen van het Hof horizontale werking tussen burgers. Het Hof construeert

deze horizontale werking aldus, dat schendingen tussen burgers onderling, worden gezien als een schending van de overheid van de positieve verplichting voldoende feitelijke of juridische maatregelen te hebben genomen die schending te voorkomen (zie mijn noot bij EHRM 8 juli 2003, *NJ* 2004, 207 in zake Hatton). Afluisteren in de werksfeer werd door het Hof niet toegestaan omdat een duidelijke wettelijke grondslag daarvoor ontbrak (EHRM 3 april 2007, appl. 62617/00, (Copland/VK) *NJ*, 2007 nr. 617).

6. Voor Nederland is nog altijd richtinggevend het arrest van de bespiede Bijstandsmoeder (HR 9 januari 1987 *NJ*, 1987, 982 m.nt EAA, *NJCMBulletin*, 1987, m.nt. L.F.M. Verheij, *Computerrecht* 1987-2, p. 110 m.nt E.J. Dommering). Bespieden en afluisteren in de privésfeer wordt op basis van de zorgvuldigheidsnorm getoetst aan de belangen en de noodzakelijkheidsvereisten die het Verdrag voor beperkingen aan grondrechten stelt. Kort gezegd: er moeten voldoende zwaarwegende rechtvaardigingsgronden zijn (in het geval van de Bijstandsmoeder: het opsporen van bijstandsfraude). In een wat ouder arrest achtte de HR het registreren van een telefoongesprek in de zakelijke sfeer met het doel om bewijs te vergaren niet onrechtmatig (HR 16 oktober 1987, *NJ* 1988, 850, m.nt. EAA). Thans gelden daarvoor de beperkingen die voortvloeien uit de artikelen 139a-d. Sr, maar die verbieden niet het opnemen van een gesprek met een gesprekspartner, maar wel het afluisteren en opnemen van een gesprek buiten de woning, mits men geen deelnemer is aan het gesprek. Journalisten zullen zich alleen van deze methoden mogen bedienen wanneer er duidelijk belang van nieuwsgaring aan de orde is (zie G.A.I. Schuijt, *Vrijheid van Nieuwsgaring*, Den Haag: Boom Juridisch 2006, p. 103 over undercover journalistiek). Journalisten die privé detective in televisieprogramma's spelen, schenden voortdurend de privacy zonder dat daar (steeds) algemene belangen tegenover te staan. Maar goed, met al die vragen behoefde het Hof zich in deze zaak niet bezig te houden. Het ging er om of de overheid, zonder zich aan wettelijke regels te storen, privé personen voor de opsporing mag gebruiken. Dat mag dus niet. Dat wil dus niet zeggen dat alles in de privésfeer mag.

E.J. Dommering